

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO JUZGADO CINCUENTA CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ Bogotá D. C., nueve (9) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Radicación No. 11001310305020230009200

Decide el despacho la acción de tutela interpuesta por la señora **Marylin Balsa Esquiaqui** en contra del **Archivo General de la Nación**.

ANTECEDENTES

1. Pretensiones y hechos

Solicitó la accionante el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, acceso a cargos públicos y mínimo vital presuntamente vulnerados por la accionada; y en consecuencia, requiere que a través de este medio se le ordene posesionarla dentro del empleo OPEC 146703 denominado profesional Universitario Código 2044 Grado 9 para planta global. Como sustento de sus pedimentos expuso:

1.1. Se inscribió en el concurso de méritos proceso de selección No.1418, 1498 a 1501, 1503 a 1521 de 2020 y 1547 de 2021 Nación 3, concurso abierto para el empleo OPEC 146703 denominado Profesional Universitario Código 2044 Grado 9, para planta global del Archivo General de la Nación.

1.2. La Comisión Nacional del Servicios Civil – CNSC en diciembre de 2021 verificó que cumpliera los requisitos mínimos dejando como observación “*El aspirante Cumple con los Requisitos Mínimos de Educación y Experiencia solicitados por el empleo*”, lo que le permitió el 15 de mayo de 2022 presentar prueba escrita.

1.3. El resultado final tras la prueba y las validaciones de la CNSC, dieron como resultado que ocupara el primer puesto en la lista de elegibles tras un puntaje de 67,59 en el proceso de selección convocatoria 1501 de 2020, la cual cobro firmeza el 23 de diciembre de 2022.

1.4. Mediante resolución No.19876 del 2 de diciembre de 2022 se conformó y adopto la lista de elegibles para proveer 1 vacante definitiva en el empleo denominado “*PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 9, identificado con el Código OPEC No.146703, MODALIDAD ABIERTO del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta personal del ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN, Proceso de Selección No.1501 de 2020- Nación 3*”, el cual fue notificado a la entidad

y se le puso de presente que de conformidad con el art. 14 del Decreto 760 de 2005, contaba con 5 días para que la Comisión de Personal solicitara ante la CNSC la exclusión de la lista de las personas que allí figuraban si: i) fue admitida sin reunir los requisitos exigidos en la convocatoria; ii) aportó documentos falsos o adulterados; iii) no supero las pruebas; iv) fue suplantada; v) conoció con anticipación las pruebas; vi) cometió fraude.

1.5. Lo que indica que la accionada si encontraba que la promotora no cumplía algún requisito, debió haberlo manifestado dentro de ese término, por lo que al no haberlo realizado la lista quedo en firme.

1.6. El 5 de enero de 2023 recibió correo electrónico por parte del Grupo de Talento Humano de la encartada, a través del cual le fue notificada la Resolución No. 038 del 2 de enero de 2023 por medio del cual se le hizo un nombramiento en periodo de prueba, y se le requirió para que mediante una carta confirmara la aceptación del cargo indicando la fecha en que tomaría posesión, para lo cual le fueron puestas de presentes 2 fechas alternativas, esto es, 16 de enero y 1 de febrero de 2023, tomando como opción esta última a fin de entregar cargo anterior que desempeñaba.

1.7. El 18 de enero pasado el señor Daniel Carvajal en su calidad de Jefe de Talento Humano de la accionada, vía telefónica le informó que debía solicitar a Itaú (su anterior empleador), una carta aclaratoria en la que se indicara que sus funciones en esa entidad eran de carácter profesional, y que de no contar con esta se revocaría su nombramiento.

1.8. El 25 del mismo mes fue aportado el documento solicitado, recibiendo llamada al día siguiente indicándole que este no cumplía los requisitos exigidos por el AGN en el Manual de Funciones.

1.9. Mediante resolución No. 137 del 27 de enero el Coordinador del Grupo de Talento Humano suscribió el formato de certificado de cumplimiento de requisitos de la accionante, en el cual se indica que no cumple con la experiencia profesional requerida para desempeñar el empleo Profesional Universitario Código 2044 Grado 9, de conformidad con el manual de funciones, requisitos y competencias laborales aplicable al empleo.

1.10. Manifestación que a su juicio pretende justificar que no cumple con los requisitos para el empleo, pues los exigidos para este se tratan de “*Título profesional del núcleo básico en Administración*”, el que le fue otorgado por la Universidad Cooperativa de Colombia del 28 de febrero de 2015, todo lo cual se acredita con los documentos cargados en la página de la CNSC, y en tratándose de experiencia profesional que prevé el manual de funciones contenido en la Resolución No.569 del 16 de agosto de 2019, esta debe ser contada a partir de la terminación y aprobación del pensum académico, y en todo caso la documental que la soporta fue también cargada en su oportunidad en la página de la CNSC por lo cual fue admitida para presentar las pruebas.

1.11. Alude que tras haberse expedido un acto administrativo de su nombramiento, le reconoció un derecho adquirido tras ocupar el 1 puesto en la lista de elegibles, de ahí que, la revocatoria directa no procedía puesto que debió consultársele en los términos del art. 97 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, lo cual nunca se hizo.

1.12. Tras su puntaje y el nombramiento realizado por el Archivo General de la Nación, presentó carta de renuncia al cargo venía desempeñando, la que fue aceptada el 30 de enero pasado, de ahí que la revocatoria de este hace que en la actualidad esta desempleada, lo que afecta su mínimo vital, calidad de vida, y salud así como los de su menor hija Zoe Isabela Barrera Balsa.

2. Intervención de la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC¹

En su defensa formulo la falta de legitimación en la causa por pasiva, puesto que su competencia constitucional y legal llega solo a la expedición y firmeza de las respectivas listas de elegibles de conformidad con las etapas del proceso de selección reguladas por los artículos 31 de la Ley 909 de 2004 y 14 a 16 del Decreto Ley 760 de 2005.

Seguido, puso de presente las etapas que bajo sus competencias surtió para la convocatoria para proveer empleos en la modalidad de ascenso y abierto en el Archivo General de la Nación, indicando que en el proceso selección se suscribió contrato de prestación de servicios con la Universidad Libre de Colombia encargada de la verificación de requisitos mínimos, quien determinó que la Sra. Balsa Esquiaqui acreditó los requisitos mínimos exigidos, siendo admitida en el proceso de selección, pues aportó documento que acreditó su formación en educación y certificación emanada del Banco Itaú CorpBanca informando su cargo de asesora operativa desde el 28 de enero de 2015 al 25 de febrero de 2017, el que es válido para el requisito de experiencia.

Refiere que mediante resolución No.19876 del 2 de diciembre de 2022 conformó y adopto la lista de elegibles para proveer 1 vacante en el empleo denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 9, identificado con el Código OPEC No. 146703, ocupando la accionante la 1ª posición, lista que adquirió firmeza el 23 de diciembre del año anterior, dado que el Archivo General de la Nación no formuló reparo alguno ni pidió la exclusión de algún elegible, de ahí que el negarse a su nombramiento y posesión tal entidad estaría incurriendo en una violación a la carrera administrativa.

3. Intervención de Daniel Alberto Carvajal Gutiérrez²

Indicó que el Archivo General de la Nación expidió la Resolución No.038 del 2 de enero de 2023 por medio del cual se hizo un nombramiento en periodo de prueba a la

¹ Archivo No.05

² Archivo No.06

accionante quien ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, decisión que le fue comunicada mediante correo electrónico del 5 de enero del año que avanza, quien aceptó al día siguiente a partir del 1 de febrero pasado.

Manifestó que previo a la posesión el Grupo de Talento Humano atendió lo establecido en el artículo 2.2.5.1.5 del Decreto 1083 de 2015, realizando una revisión de los requisitos de formación y experiencia aportados en SIMO, encontrando que superó los relativos a estudio, en cuanto a experiencia refirió que el Coordinador del Grupo de Talento Humano se contactó telefónicamente el 18 de enero de 2023 con la gestora para que aclarara la certificación laboral expedida por el Banco Itaú en la que se indique que efectivamente sus funciones correspondían a un profesional bajo lo previsto en el artículo 2.2.2.3.7 *ib*, requerimiento que fue realizado a su vez al banco en la misma fecha por correo electrónico, sin obtener respuesta de éste último.

Informa que la Sra. Balsa Esquiaqui el 25 de enero anterior, allegó la certificación requerida donde se indicaba que : *“Es de precisar que dentro de los cargos ejecutados por la señora MARYLIN el perfil requerido no especificaba estar profesionalizado. No obstante, lo anterior en ejecución del contrato de trabajo la señora MARYLIN adelantó sus estudios profesionales y allegó diploma de profesional en Administración de Empresas”*, lo cual evidencia que la señora Marilyn no ejercía funciones como profesional en el cargo desempeñado en el referido banco.”, lo que evidencia que no ejercía funciones como profesional en esa entidad, a lo que se suma que tampoco demostraba funciones relacionadas con las establecidas en el manual de funciones OPEC 146703 del empleo denominado Profesional Universitario 2044-9.

Que por lo anterior, el Coordinador del Grupo de Talento Humano expidió el certificado de análisis de cumplimiento de requisitos mediante el cual se indicó que la señora Marilyn Balsa Esquiaqui, no cumple con los requisitos establecidos en el manual de funciones para ejercer el empleo, por lo tanto, se procedió a la expedición del respectivo acto administrativo de revocatoria, el cual fue comunicado por medio de correo electrónico a la actora, atendiendo lo establecido en el art. 2.2.5.1.13 del Decreto 1083 de 2015, novedad que fue reportada en el aplicativo SIMO.

4. Intervención del Archivo General de la Nación³

Solicitó la negativa del amparo reclamado argumentando que la entidad en momento alguno ha vulnerado alguna garantía fundamental de la libelista, puesto que se convocó a concurso público de méritos para proveer las vacantes definitivas pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la entidad, para lo cual señaló los mismos argumentos del señor Daniel Alberto Carvajal Gutiérrez.

CONSIDERACIONES

Este juzgado es competente para conocer la presente acción constitucional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, así como, lo

³ Archivo No. 07

trazada en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, y lo normado en el Decreto 1069 de 2015, el cual fue modificado por el Decreto 1983 de 2017.

1. Problema jurídico

Corresponde determinar si el Archivo General de la Nación, vulneró las garantías supralegales invocadas por la accionante Marylin Balsa Esquiaqui como consecuencia de haberle revocado unilateralmente su nombramiento en el empleo OPEC 146703 denominado profesional Universitario Código 2044 Grado 9 para planta global realizado mediante la Resolución No. 137 del 27 de enero de 2023, luego de haberse adquirido firmeza la lista de legibles dentro del concurso de méritos 1501 de 2020 en la cual ocupó el primero lugar superado el respectivo concurso de méritos, invocando como razones de la decisión, el no cumplimiento de los requisitos legales para su ejercicio, previo el estudio de los requisitos de procedibilidad de la acción constitucional.

2. Consagración y finalidad de la acción de tutela.

La Constitución Política de 1991 en su artículo 86, establece la acción de tutela como un mecanismo constitucional de carácter excepcional para la protección de derechos fundamentales, y en tal sentido estatuye:

«Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública [...]».

Se trata entonces de un instrumento jurídico confiado por el ordenamiento superior a los jueces, cuya justificación y propósito consisten en brindar a la persona la posibilidad de acudir, sin mayores requerimientos de índole formal y con la certeza que obtendrá oportuna resolución, a la protección inmediata y directa reclamada, consideradas las circunstancias específicas y a falta de otros medios judiciales, adoptar las medidas adecuadas frente a las situaciones de hecho que representen quebranto o amenazas de los derechos fundamentales, procurando así que se cumpla uno de los fines esenciales del Estado, consistente en garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales.

2. Procedencia excepcional de la acción de tutela en tratándose de concurso de méritos

Conforme e numeral 5 del art. 6° del decreto 2591 de 1991, la acción de tutela no es procedente contra actos de carácter general, impersonal y abstracto, regla con base en la cual se estima que el amparo constitucional no es la vía adecuada para cuestionar los actos que reglamentan o ejecutan algún proceso de concurso de méritos, puesto que además de considerar las normas que los estructuran como de obligatorio cumplimiento para los participantes, su escenario propio de discusión es la jurisdicción de lo

contencioso administrativo, tal y como lo ha dicho el órgano de cierre constitucional entre otras decisiones en sentencia SU 913 de 2009.

Criterio que ha sido sostenido también cuando a través de este mecanismo se pretende debatir actos de carácter particular y concreto. Sin embargo, también el mismo órgano ha precisado eventos en los cuales la acción de tutela puede tornarse como el mecanismo idóneo para su controversia, al establecerse que el acudir a la vía administrativa podría no ser apto para el amparo de sus derechos. En ese sentido ha indicado que:

“(...) la acción de tutela es procedente de forma definitiva para resolver controversias relacionadas con concursos de méritos, cuando (i) el empleo ofertado en el proceso de selección cuenta con un periodo fijo determinado por la Constitución o por la ley; (ii) se imponen trabas para nombrar en el cargo a quien ocupó el primer lugar en la lista de elegibles; (iii) el caso presenta elementos que podrían escapar del control del juez de lo contencioso administrativo, por lo que tiene una marcada relevancia constitucional; y, finalmente, (iv) cuando por las condiciones particulares del accionante (edad, estado de salud, condición social, entre otras), a este le resulta desproporcionado acudir al mecanismo ordinario.”⁴(resaltado por el Juzgado)

De ahí que aun cuando la acción de tutela no es, por regla general, el mecanismo judicial dispuesto para cuestionar actos administrativos cuando se revoca el nombramiento de una persona para ocupar un cargo público, pues para ello el que se considera afectado puede ejercer el medio de control ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, según las particularidades del caso, este medio podría carecer de idoneidad, en consideración a los tiempos en que la autoridad judicial puede tomarse para resolver acerca de la eventual nulidad de la decisión administrativa e inclusive resolver sobre la suspensión del acto como medida provisional.

Así lo dijo por ejemplo en sentencia T081 de 2021 el máximo órgano constitucional al señalar *"En tal sentido era probable que, de haber acudido a la jurisdicción contenciosa, para el momento en que se hubiere emitido sentencia y en caso de que la misma hubiese sido favorable a los intereses de los tutelantes, aquella no habría tenido más que una finalidad resarcitoria. Esto porque, para ese momento, seguramente ya habrían perdido vigencia las listas y, por tanto, la expectativa de ser nombrados en los cargos pretendidos se habría visto frustrada."*

De ahí que como lo señaló la misma corporación la constatación del requisito de subsidiaridad *"no puede limitarse a una evaluación formal sobre la existencia de un medio ordinario. Al contrario, en cada caso, el juez constitucional debe valorar las circunstancias en las que se encuentra el peticionario, a fin de determinar si cuenta con la posibilidad real de acceder a la administración de justicia por intermedio de un mecanismo distinto a la tutela."*

Entonces en los casos en que se presente el supuesto de la configuración de un perjuicio irremediable, la tutela resulta procedente cuando se busca evitar su consolidación.

⁴ Sentencia T 081 de 2022

“Este supuesto de hecho se presenta cuando «por las circunstancias excepcionales del caso concreto, es posible afirmar que, de no producirse la orden de amparo, podrían resultar irremediablemente afectados los derechos fundamentales de la persona que interpone la acción »” Ver entre otras la Sentencia SU067 de 2022.

3. El debido proceso administrativo

Ha definido la jurisprudencia el debido proceso administrativo *“como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia”*.⁵

Lo anterior significa, que el debido proceso se enmarca también dentro del contexto de garantizar la correcta producción de los actos administrativos, razón por la cual comprende *“todo el ejercicio que debe desarrollar la administración pública en la realización de sus objetivos y fines estatales, lo que implica que cubija todas las manifestaciones en cuanto a la formación y ejecución de los actos, a las peticiones que presenten los particulares, a los procesos que por motivo y con ocasión de sus funciones cada entidad administrativa debe desarrollar y desde luego, garantiza la defensa ciudadana al señalarle los medios de impugnación previstos respecto de las providencias administrativas, cuando crea el particular que a través de ellas se hayan afectado sus intereses”*⁶

Presupuesto frente al que la Corte Constitucional ha expresado que hacen parte de las garantías del debido proceso administrativo, entre otras: (a) el derecho a conocer el inicio de la actuación, (b) a ser oído durante todo el trámite, (c) a ser notificado en debida forma, (d) a que se adelante por autoridad competente y con pleno respeto de las formas propias de cada juicio, (e) a que no se presenten dilaciones injustificadas, (f) a gozar de la presunción de inocencia, (g) a ejercer los derechos de defensa y contradicción, (h) a presentar pruebas y a controvertir aquellas que aporte la parte contraria, (i) a que se resuelva en forma motivada la situación planteada, (j) a impugnar la decisión que se adopte y a promover la nulidad de los actos que se expidan con vulneración del debido proceso.⁷

4. La revocatoria de los actos de contenido particular y concreto

Se entiende por acto administrativo toda manifestación unilateral de la voluntad de la administración proveniente del ejercicio de una función administrativa, que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas, es decir, que produce efectos en derecho⁸. De ahí que les se denomina de contenido particular y concreto, aquellos que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas de carácter personal, subjetivo o concreto⁹, y en virtud del artículo 95 del Código de Procedimiento Administrativo y

⁵ Sentencia C 980 de 2010

⁶ Sentencia T-442 de 1992 y C-980 de 2010

⁷ T 957 de 2011

⁸ C-1436 de 2000, C-620 de 2004 y T-945 de 2009.

⁹ Sentencia No. 10227 del 4 de diciembre de 2006, Sección Tercera del Consejo de Estado, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

de lo Contencioso Administrativo, éstos no podrán ser revocados sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.

Mandato que constituye la regla general de irrevocabilidad de este tipo de acto; no obstante la jurisprudencia nacional, ha decantado que de manera excepcional un acto administrativo de carácter particular puede llegar a ser revocado de manera unilateral aun sin el consentimiento del interesado, pero deberá la autoridad administrativa, garantizando eso si el derecho de defensa y debido proceso de los posibles afectados, basar ampliamente esa determinación en dos razones de cardinal importancia que justifiquen la no necesidad del consentimiento del titular

1. Que la ilegalidad del acto administrativo es evidente
2. Que exista una relación de causalidad entre la conducta ilegal y la expedición del acto administrativo que se pretende revocar.

Así lo explicó la misma Corte, en sentencia S050 DE 2017 y recordó lo dicho en sentencias T 336 de 1997 y T 1184 de 2003.

“no se trata de situaciones en las cuales la autoridad pública pueda intuir o sospechar la ilegalidad de los medios usados para obtener o provocar el acto administrativo que se revoca. Debe darse una evidencia de ello y, en consecuencia, la motivación del acto revocatorio dejará constancia expresa acerca de los elementos de juicio que llevaron al ente administrativo a concluirlo así”. Adujo que “Obviamente, la Administración se compromete con lo que afirma, y ello significa que responderá por las imputaciones infundadas que haga si después los jueces no encuentran configurados actos delictivos o si no son responsables aquellas personas que se sindicaron en el acto administrativo”

“tanto la jurisprudencia de esta Corporación, como la reciente proferida por el Consejo de Estado, han señalado que no se trata de suposiciones ni presunciones surgidas de la Administración en relación con el acto sujeto a revocatoria y del cual se predica una supuesta ilegalidad, sino que ésta debe estar probada debidamente por la Administración”

Cuando estas exigencias no se satisfacen se vulnera el derecho al debido proceso administrativo.

5. Caso en concreto

De la valoración del material probatorio que milita en el expediente, y lo expuesto previamente, concluye el Juzgado que el amparo constitucional solicitado por la señora Marylin Balsa Esquiaqui, se encuentra llamado a prosperar pero solo de manera transitoria, pues haciendo una lectura del acto administrativo de revocatoria de un nombramiento y su escasa motivación, se advierte prima facie la vulneración de un conjunto de derechos fundamentales de la accionante y aun cuando esta determinación le corresponde definirla al juez contencioso, los contornos del caso indican que para cuando esa eventual decisión se adopte ya se habría consumado un perjuicio irremediable para la accionante, relacionado con la imposibilidad de tomar posesión

del cargo público para el cual concursó y ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, siendo evidente que la administración no esbozó en su determinación de revocatoria razones claras y suficientes para apartarse de ella, del nombramiento que realizó y obviar además el consentimiento del interesado lo cual es de suyo excepcional, pues en línea de principio le compete a la administración demandar su propio acto. (art. 97 del C.P.A.C.A.).

Desarrollando esta tesis, en cuanto a los requisitos de procedencia de la acción, tenemos que la legitimación en la causa por activa se encuentra dada en cabeza de la gestora, puesto que fue ella de manera personal quien interpuso esta demanda en su calidad de titular de los derechos fundamentales que considera vulnerados y es ella la persona afectada con la decisión adoptada mediante la Resolución 137 del 27 de enero de 2023 mediante la cual se revocó el nombramiento realizado días atrás mediante el acto administrativo No. 038. Por pasiva, se tiene al Archivo General de la Nación establecimiento público del orden adscrito al Ministerio de Cultura como lo señala el art. 3 del Acuerdo 009 de 2012¹⁰, entidad que profirió las decisiones acabadas de señalar, a partir de las cuales se sustentan los hechos fuente de la vulneración.

La inmediatez se cumple puesto que la accionante sitúa la vulneración en la decisión contenida en la Resolución No.137 del 27 de enero de 2023 emanada del AGN que le fue comunicada el 30 de enero pasado¹¹, lo que indica que entre esta data y la fecha en que acudió a la vía constitucional¹², no había transcurrido siquiera 1 mes.

Frente a la subsidiariedad se puede afirmar que la accionante está en posibilidad de acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para que allí se dirima el conflicto suscitado a través de los mecanismos contemplados en la ley 1437 de 2011, pues es claro que cuestiona la decisión venida de señalar, para que el juez de la causa estudie su legalidad.

No obstante, no se inadvierten los pronunciamientos emanados por la Corte Constitucional a través de los cuales ha sido enfática en señalar que el acudir en determinadas circunstancias a esa vía puede conllevar a un perjuicio mayor y agravar la situación de quien acude a la acción constitucional, si en cuenta se tiene por ejemplo el tiempo que podría durar el proceso o incluso el término que tienen los jueces para emitir pronunciamiento frente a medidas cautelares, lo que hace que tales acciones pierdan su eficacia.

Para el caso tenemos que la señora Balsa Esquiaqui es la primera en la lista de elegibles para ocupar el cargo Profesional Universitario Código 2044 Grado 9 OPEC 146703 y funda su amparo en las posibles trabas que el AGN le está imponiendo para posesionarse.

De acuerdo a la respuesta generada por la Comisión Nacional del Servicio Civil se sabe también que la lista de elegibles en cuestión adquirió firmeza desde el pasado 23

¹⁰ “Por el cual se adoptan los Estatutos Internos del Archivo General de la Nación Jorge Palacios Preciado”

¹¹ Archivo NO. 06 pag.53

¹² 23 de febrero de 2023 conforme acta de reparto

de diciembre de 2022 y que la entidad accionada a través de la Comisión de personal no ejerció la facultad contenida en el artículo 14 del Decreto Ley 760 de 2005 que establece “*Dentro de los cinco (5) días siguientes a la publicación de la lista de elegibles, la Comisión de Personal de la entidad u organismo interesado en el proceso de selección o concurso podrá solicitar a la Comisión Nacional del Servicio Civil la exclusión de la lista de elegibles(...)*”, lo cual motivó incluso que la autoridad responsable de administrar y vigilar la carrera de los servidores públicos (art. 130 de la C. N.) haya en este caso advertido que “*no existe argumento jurídico razonable que contradiga el cumplimiento de los requisitos mínimos*” acreditados por la concursante en punto a su formación y experiencia profesional que la ubicaron en el primero puesto de la lista de elegibles, siendo que la Comisión Nacional del Servicio Civil en su oportunidad los verificó.

Es claro que la eventual irregularidad del acto administrativo le compete resolverla al juez contencioso, pero no puede pasarse por alto en este caso que se presentan una serie de circunstancias en torno a la sorpresiva determinación de la entidad insuficientemente sustentada en la constitución y la ley que ponen en evidencia la urgencia de una intervención del juez constitucional, so pena de que llegue a consolidarse un perjuicio irremediable, si el acto administrativo cuestionado surte sus efectos, de ahí que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho aun cuando idóneo, máxime si se repara que allí puede como medida cautelar suspenderse el acto administrativo, es para el caso ineficaz si se considera el tiempo que puede tomar esa decisión por parte de la autoridad judicial, momento para el cual seguramente ya se abra ocupado el cargo por otra persona que integra la misma lista si se tiene en cuenta que la encartada en la resolución cuestionada dispuso “*ARTÍCULO 2o El grupo de talento humano del Archivo General de la Nación realizará la solicitud a la Comisión Nacional del Servicio Civil para realizar la provisión del empleo en vacancia definitiva denominado Profesional Universitario Código 2044 Grado 09 adscrito a la Secretaría General mediante el uso de lista de elegibles **para posesionar a la persona que ocupó el segundo lugar** en la OPEC 146703*”(subraya fuera el texto de la resolución)

Está probado que enterada del nombramiento la accionante renunció a su trabajo, según se acreditó con la carta dirigida a CARICAM EXECUTIVE SEARCH S.A.S., del 10 de enero de 2023, dada la expectativa de su posesión en el cargo que fue nombrada, luego su sustento económico se afectó, cuando no logró posesionarse por la expedición de un acto administrativo que no explica con suficiencia las razones de la revocatoria pese a la firmeza de la lista de elegibles en la que ocupó un primer lugar.

Entonces si la lista de legibles está conformada por varias personas, esperar que el juez contencioso administrativo defina acerca de la suspensión del acto como medida cautelar o su nulidad mediante sentencia, puede significar que cuando una u otra determinación se adopte, el cargo ya este ocupado por alguien más de la lista e inclusive que haya superado su período de prueba ingresando ya a la carrera administrativa, lo cual frustraría por completo la posibilidad de la accionante de acceder al cargo.

Circunstancias de las que se concluye que el exigirle a la señora Balsa Esquiaqui agotar los medios previstos para el efecto sin otorgarle un amparo transitorio, podría generar una afectación mayor, lo que hace que se encuentre superado el requisito de subsidiariedad.

Entonces satisfechos los presupuestos generales, para abordar el estudio de fondo del caso y destacar porque para el despacho se presenta una irregularidad en la expedición del acto administrativo de revocatoria de un nombramiento en periodo de prueba, así como una insuficiente motivación, se tiene demostrado lo siguiente:

- A través de resolución No. 569 del 16 de agosto de 2019, se modificó el Manual de funciones de la planta de personal del AGN, en el que se estableció para el cargo de profesional universitario grado 09 como requisito académico *“Título profesional en disciplina académica del núcleo básico de conocimiento en: Administración, Economía, Ingeniería Industrial y Afines, Derecho y afines”*, y en experiencia *“Veinticuatro (24) meses de experiencia profesional relacionada.”*¹³

- El 13 de mayo de 2021 la señora Balsa Esquiaqui se inscribió en la convocatoria Nación 3 del 2020 – Archivo General de la Nación para el empleo 146703 Código 2044 Denominación 346 grado 9 por la plataforma SIMO.

- Mediante Resolución No.19876 del 2 de diciembre de 2022 de la CNSC: i) se formó y adopto la lista de elegibles para proveer 1 vacante definitiva del empleo al que se postuló la accionante, quien ocupó el 1 lugar con un puntaje de 67.59; ii) se concedió a la Comisión de Personal del AGN el término de 5 días a su publicación para pedir la exclusión de la lista de alguien mediante solicitud motivada; iii) ordeno al nominador del AGN proceder al nombramiento en orden de la lista luego de quedará ejecutoriada en periodo de prueba.

- En el término concedido el AGN no solicitó la exclusión de ninguna persona de la lista, luego esta quedo en firme el 23 de diciembre de 2022.¹⁴

- A través de resolución No.038 del 2 de enero de 2023 el AGN nombró en periodo de prueba a la promotora para el desempeño del empleo al que optó a partir del acta de posesión, por un término de 6 meses, decisión comunicada el 5 de ese mes y aceptada el 6 siguiente por la gestora.

- El 18 de enero pasado el Sr. Daniel Alberto Carvajal Gutiérrez remitió correo a patricia.avendanao@itau.co, Adriana.arcila@itau.co, y paola.navas@itau.co solicitando la validación de la certificación laboral que aportó la accionante al momento de inscribirse en el concurso para que se indicara si las funciones del cargo de auxiliar eran de un rango profesional.

¹³ Archivo No. 06

¹⁴ De acuerdo a lo contenido en la Resolución No. 137 de 2023

- Banco Itaú emitió certificación el 25 de enero anterior, reiterando los cargos y funciones desempeñados por la actora y señalando que *“el perfil requerido no especificaba estar profesionalizado. No obstante, lo anterior en ejecución del contrato de trabajo la señora MARYLIN adelantó sus estudios profesionales y allegó diploma de profesional en Administración de Empresas.”*

- Mediante Resolución No.137 del 27 de enero de 2023 el AGN revocó la Resolución No.038 con apoyo en el artículo 2.2.5.1.13 del Decreto 1083 de 2015, advirtiendo que la gestora no cumple con el perfil profesional requerido para desempeñar el empleo, decisión que fue notificada a la actora el 30 de enero de 2023.¹⁵

Lo anterior permite concluir que el acto administrativo a partir del cual fue nombrada a la accionante en periodo de prueba por parte del AGN, es un acto administrativo de contenido particular y concreto, toda vez que constituye una decisión que creó en su favor el derecho a ejercer al cargo al cual se postuló y superó las etapas del concurso de méritos evacuado por la CNSC.

Entonces no se explica el juzgado porque en firme la lista y nombrada en el cargo, se revocó sin su consentimiento la Resolución 038 de 2023, pues si se trataba de cuestionar los requisitos habilitantes para desempeñar el cargo dejó fenecer la oportunidad prevista en el Decreto Ley 760 de 2005 at. 14.

Nótese que sobre ello la CNSC definió claramente las reglas para el ejercicio de esta facultad como se lee en el artículo 27 del Acuerdo 0342 de 2020 *“En los términos del artículo 14 del Decreto Ley 760 de 2005, dentro de los cinco (5) días siguientes a la publicación de una Lista de Elegible, la Comisión de Personal de la entidad para la cual se realiza el presente proceso de selección, podrá solicitar a la CNSC, exclusivamente a través del SIMO, en forma motivada, la exclusión de esta lista de la persona o personas que figuren en ella, cuando haya comprobado cualquiera de los hechos a los que se refiere el precitado artículo de dicha norma. Las solicitudes de esta clase que se reciban por un medio diferente al indicado en el presente Acuerdo, no serán Tramitadas. Recibida una solicitud de exclusión que reúna todos los requisitos anteriormente indicados, la CNSC iniciará la actuación administrativa de que trata el artículo 16 del Decreto Ley 760 de 2005, la que comunicará por escrito al interesado para que intervenga en la misma. De no encontrarla ajustada a estos requisitos, será rechazada o se abstendrá de iniciar la referida actuación administrativa.”*

No obstante ello, la entidad en el acto administrativo, no motivo por qué revoca el nombramiento cuando la CNSC ya había verificado estos requisitos y siendo de su resorte, no cuestionó la lista una vez le fue remitida, y vía revocatoria directa verifica nuevamente ese requisito.

En adición la resolución de revocatoria no explica con claridad la razón por la que la certificación de ITAU para acreditar experiencia profesional es insuficiente.

¹⁵ Archivo NO. 06 pag.53

Al respecto dice el Decreto 1083 de 2015 artículo 2.2.2.3.7.”**Experiencia.** Se entiende por experiencia los conocimientos, las habilidades y las destrezas adquiridas o desarrolladas mediante el ejercicio de una profesión, arte u oficio.

Para los efectos del presente decreto, la experiencia se clasifica en profesional, relacionada, laboral y docente

(...) **Experiencia Profesional.** Es la adquirida a partir de la terminación y aprobación del pensum académico de la respectiva formación profesional, en el ejercicio de las actividades propias de la profesión o disciplina académica exigida para el desempeño del empleo (...)”

De ahí que lo que deben constatar las entidades públicas, no es si el empleador privado que certifica, ha definido al interior de su estructura organizacional y perfiles de cargo, que determinado empleo pueda ser ocupado o no por personas graduadas en carreras profesionales; lo que debe verificarse es si las funciones de ese empleado que concursa, certificadas, son posteriores al grado profesional y tienen o no relación con actividades propias de la formación académica adquirida.

Sin embargo dijo la entidad en el acto reprochado

“Que el Grupo de Talento Humano procedió a solicitar al Banco Itaú mediante correo electrónico el día 18 de enero de 2023, la aclaración de la certificación laboral de la señora MARYLIN Balsa Esquiaqui identificada con cédula de ciudadanía No. 32.793.605 de Barranquilla, con el objetivo de validar si las funciones ejercidas en el cargo denominado “Auxiliar antes Analista III” corresponden a funciones como profesional.

Que la señora MARYLIN Balsa Esquiaqui identificada con cédula de ciudadanía No. 32.793.605 de Barranquilla allegó mediante correo electrónico el día 25 de enero de 2023 el certificado expedido por el Banco Itaú mediante el cual indican que “Es de precisar que dentro de los cargos ejecutados por la señora MARILYN el perfil requerido no especificaba estar profesionalizado. No obstante, lo anterior en ejecución del contrato de trabajo la señora MARILYN adelantó sus estudios profesionales y allegó diploma de profesional en administración de empresas”.

Que el coordinador del Grupo de Talento Humano suscribió el formato de certificado de cumplimiento de requisitos de la señora MARYLIN Balsa Esquiaqui identificada con cédula de ciudadanía No. 32.793.605 de Barranquilla, en el cual indica que la misma no cumple con la experiencia profesional requerida para desempeñar el empleo Profesional Universitario Código 2044 Grado 9, de conformidad con el manual de funciones, requisitos y competencias laborales aplicable al empleo” (subrayas fuera del texto original)

Parece entonces sugerir el acto administrativo, que el hecho de que para el Banco el cargo en el que se desempeñó la accionante, no requiera necesariamente un título profesional en quien lo ocupa, es motivo suficiente para concluir que las funciones certificadas desarrolladas por la candidata no están relacionadas con el perfil profesional que tiene la concursante; pero se echa de menos una verdadera

explicación de porque todas las amplias funciones y responsabilidades asignadas en el sector privado¹⁶, no tienen nexo con esa carrera profesional que el cargo público exige.

Ahora si bien en la respuesta de la acción de tutela dijo haber tenido como norte de su decisión un concepto emitido por el Departamento Administrativo de la Función Pública, llama la atención que de él ninguna mención se hiciera en la revocatoria.

Si lo anterior no fuera suficiente, menos explicó porque no era en ese caso concreto necesario obtener el consentimiento previo de la demandante, mucho menos desarrollo una argumentación encaminada a soportar el que porque no acudía a la administración para demandar su propia resolución

Del contenido de la resolución, únicamente se puede establecer que la encartada luego de hacer un relato cronológico en relación con las situaciones de hecho del concurso de méritos para el cargo, la lista de elegibles, su nombramiento en periodo de prueba, los requerimientos realizados por la entidad para subsanar los yerros que a su criterio se presentaron con la documental que acreditaba la experiencia, en punto a la razón que la conllevo a adoptar esa decisión solamente se limitó a señalar lo establecido en el artículo 2.2.5.1.13 del Decreto 1083 de 2015 aseverando que la libelista no cumple con la exigencia profesional requerida.

Téngase en cuenta que la motivación de los actos administrativos es una carga que el derecho constitucional y administrativo contemporáneo impone a la administración, según la cual ésta se encuentra obligada a exponer las razones de hecho y de derecho que determinan su actuar en determinado sentido, circunstancia que para el caso también al margen del control de legalidad en cabeza del juez ordinario, fue pasada por alto por el AGN.

Para efectos de emitir la decisión de revocatoria, lejos estuvo también de agotar un debido proceso, si se mira que antes de su revocatoria, la entidad a través de uno de sus funcionarios encontró suficiente realizar algunas llamadas para obtener una nueva certificación del Banco Itaú, pero en ningún momento le hizo conocer a la accionante porque para la entidad, la aportada era insuficiente para demostrar el requisito de experiencia, porque podía luego de nombrada volver a validar ese presupuesto habilitante, de manera que ella pudiera presentar argumentos suficientes para derruir lo que estaba considerando la entidad como motivo de revocatoria.

Se insiste nuevamente, que no hay como sostener a primera vista que esa resolución de nombramiento se haya expedido ilegalmente, como para que la entidad quedara exonerada de demandar el acto que ella misma emitió. Y es que no sería ilegal porque el nombramiento está en consonancia con una lista de elegibles en firme a la cual debía dar estricto cumplimiento la entidad nominadora.

16 Ver certificación Itaú Corpbanca – archivo 01 pag 17 del pdf.

Téngase en cuenta que la decisión contenida en tal resolución, surgió de un concurso público de méritos, en el que la CNSC, que tuvo a su cargo la dirección y el manejo del mismo, analizó, evaluó los documentos que la gestora aportó en su momento tanto para acreditar su idoneidad a nivel educativo como su experiencia, al punto que presentó examen de conocimientos y encontró mérito para incluirla en la lista de elegibles, quedando en la primera posición.

Sobre el punto es importante señalar que incluso la CNSC al momento de rendir informe en este trámite, fue enfática en señalar que en las etapas que surtió en el concurso suscribió contrato con la Universidad Libre de Colombia, ésta última que tuvo bajo su cargo la verificación de requisitos mínimos, y determinó que la Sra. Balsa Esquiaqui acreditó los exigidos, pues aportó la totalidad de documentos que acreditaron su formación en educación y certificaciones que demostraron su experiencia para el cargo.

Ahora bien, aunque la accionada sostuvo que la revocatoria tuvo fundamento en lo previsto en el artículo 2.2.5.1.13¹⁷ del Decreto 1083 de 2015¹⁸, en un caso de similares connotaciones al que aquí se estudia la Corte Constitucional precisó “ (...)nótese que la norma no señala que de manera inmediata se revocará el acto de nominación o se dará por terminado el contrato de prestación de servicios, y ello sin sujeción a ningún procedimiento, sino que la inmediatez se refiere a la puesta en conocimiento del funcionario competente la presunta irregularidad, tan pronto esta se advierta, para que, de acuerdo con el procedimiento legalmente aplicable, éste pueda proceder a dicha revocación o terminación.”¹⁹

De lo que se entiende que advertida la ausencia de requisitos, el funcionario competente deberá proceder a aplicar el respectivo procedimiento, conforme a las reglas fijadas para revocar el acto de nominación o de posesión, o para dar por terminado el contrato, atendiendo en todo caso las reglas del Código Contencioso Administrativo; lo que busca impedir que una vez reconocido un derecho a favor del administrado a través de un acto administrativo, éste pueda ser revocado unilateralmente sin atender el debido proceso previsto en la ley, haciendo prevalecer su propio criterio en detrimento de las garantías individuales.²⁰

Pero es que la misma norma invocada por la entidad nos remite al artículo 5 de la Ley 190 de 1995 que destaca que la entidad cuando advierta la infracción “procederá a solicitar su revocación o terminación, según el caso, inmediatamente se advierta la infracción.” lo que en concordancia con lo previsto en el artículo 97 del C.P.A.C.A. impone por regla general “Si la Administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo demandará sin acudir al procedimiento previo de conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional.”, más no revocarlo ella

¹⁷ ARTÍCULO 2.2.5.1.13 Revocatoria del nombramiento. La autoridad nominadora deberá revocar el nombramiento en un cargo, cuando recaiga en una persona que no reúna los requisitos señalados para el desempeño del mismo. Ante este evento la administración inmediatamente advierta el hecho procederá de conformidad con lo señalado en el artículo 5 de la Ley 190 de 1995 y la Ley 1437 de 2011 y demás disposiciones que las reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan.

¹⁸ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

¹⁹ T 957 de 2011

²⁰ Ib.

directamente sin consentimiento previo pues en palabras de la Corte *“resulta claro que en este caso no se cumplió el presupuesto establecido en el artículo 73 del CCA²¹ que habilita a una autoridad pública para revocar de manera directa un acto administrativo de contenido particular y concreto sin que medie consentimiento expreso y previo del titular, dado que no se acreditó que el nombramiento de la señora Castiblanco Arévalo hubiese sido obtenido por medios ilegales o fraudulentos.”*²²

De lo anterior resulta irrefutable que más allá de todo juicio de legalidad que pudiera adelantarse contra el acto que nombró a la actora en periodo de prueba, cuya competencia radica de manera exclusiva en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, lo cierto es que, en el presente caso demostrado está que se desconoció por entero su derecho fundamental al debido proceso y defensa, habida consideración de que el AGN no contó con su consentimiento expreso y escrito para proceder a revocar su nombramiento, no justificó tampoco porque para el caso no era necesario, ni menos explicó con claridad porque la experiencia acreditada, validada por la CNSC, fue nuevamente estudiada luego de haber sido nombrada, tampoco argumento porque las funciones certificadas y detalladas por el Itaú no acreditaban experiencia profesional, con el agravante de que no hay prueba que demuestre que justamente la certificación²³ obtenida luego de nombrada sobre la cual fundó la revocatoria, gestionada directamente por la entidad ante el Banco Itaú, hubiera sido puesta en conocimiento de la gestora previo al acto que revocó su nombramiento, así como tampoco el certificado de cumplimiento que al parecer fue expedido por el Coordinador del Grupo de Talento Humano de la entidad, mencionado ligeramente en la resolución, todo esto con miras a que la gestora pudiera defenderse de la interpretación que la entidad estaba dando a esa nueva información.

Todos estos argumentos justifican la intervención del juez constitucional para al menos de manera transitoria suspender los efectos de la Resolución No 137 del del 23 de enero pasado, proferida por el AGN, ordenándole como consecuencia de ello de cumplimiento a lo previsto en el artículo 31 No. 4 de la Ley 909 de 2004

“Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborar[á] en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad”(subrayas fuera del texto original)

Ahora, dado que se concede como mecanismo transitorio, la promotora de la acción constitucional so pena de que la orden que aquí se emita pierda vigencia, deberá promover la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para cuestionar el acto administrativo Resolución 137 de 2022 en un término máximo de 4 meses sin perder

²¹ ” Hoy artículo 97 del CPACA.”

²² SU 050 de 2017.

²³ Archivo NO. 07 pag. 69

de vista el término previsto en el artículo 138 del CPACA y solicitar ante el juez contencioso la suspensión de ese acto administrativo como medida cautelar por permitirlo así el artículo 230-3 ib., a fin de que sea esa autoridad judicial la que bajo sus competencias emita una decisión.

Una vez el Juez de lo Contencioso se pronuncie sobre la suspensión del acto administrativo que como medida cautelar se pida por la interesada, la orden aquí impartida culmina, pues regirá la adoptada por aquel.

RESUELVE

PRIMERO. CONCEDER DE MANERA TRANSITORIA por las razones expuestas en esta decisión, el amparo reclamado por la señora **Marylin Balsa Esquiaqui** en contra del **Archivo General de la Nación**.

SEGUNDO. Consecuencia de esto se **SUSPENDEN** de manera transitoria, los efectos derivados de la Resolución No.137 del 27 de enero de 2023, por medio de la cual decidió *“Revocar la Resolución No. 038 del 02 de enero de 2023 “Por la cual se realiza un nombramiento en período de prueba como resultado del proceso de selección No. 1501 de 2020-Nación 3, en la planta de personal del Archivo General de la Nación Jorge Palacios Preciado nombramiento en periodo de prueba”, conferido a la señora MARYLIN Balsa Esquiaqui identificada con cédula de ciudadanía No. 32.793.605 de Barranquilla en el empleo en vacancia definitiva denominado Profesional Universitario Código 2044 Grado 9 adscrito a la Secretaria General, de conformidad con la parte motiva del presente acto administrativo.”* y se **ORDENA** a la Directora General del Archivo General de la Nación **Ivonne Suarez Pinzón** o quien haga sus veces, proceda en el término de 48 horas a dar estricto cumplimiento a lo previsto en el artículo el artículo 31 No. 4 de la Ley 909 de 2004 en relación con la Lista de Elegibles conformada dentro del proceso de selección No. 1501 de 2020 para el empleo OPEC 146703 denominado Profesional Universitario Código 2044 Grado 9. Teniendo en cuenta las razones dadas en esta decisión.

TERCERO: Dado que la orden se emite como mecanismo transitorio, la promotora de la acción constitucional so pena de que dispuesto en numeral que antecede pierda vigencia, **DEBERÁ** promover la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para cuestionar el acto administrativa Resolución 137 de 2022 en un término máximo de 4 meses sin perder de vista el término previsto en el artículo 138 del CPACA y solicitar ante el juez contencioso la suspensión de ese acto administrativo como medida cautelar por permitirlo así el artículo 230-3 ib., a fin de que sea esa autoridad judicial la que bajo sus competencias emita una decisión.

Una vez el Juez de lo Contencioso se pronuncie sobre la suspensión del acto administrativo que como medida cautelar se pida, la orden aquí impartida culmina, pues regirá la adoptada por aquel.

CUARTO: EXHORTAR a la Comisión Nacional del Servicio Civil para que en el ámbito de sus funciones inicie el trámite de que trata el artículo 12 parágrafo 2 de la

Ley 909 de 2004, en relación con los servidores públicos del Archivo General de la Nación.

QUINTO: NOTIFICAR esta decisión a las partes en la forma más expedita, a la accionada. Remítase copia de este fallo a la Dra. Ivone Suárez Pinzón en su calidad de Directora General del Archivo General de la Nación.

SEXTO: La Comisión Nacional del Servicio Civil, deberá enterar de lo aquí resuelto a quienes conforman la lista de elegibles para el para el empleo OPEC 146703 denominado Profesional Universitario Código 2044 Grado 9., y acreditarlo de forma inmediata a este juzgado.

SEPTIMO: INDICAR que contra la presente decisión, procede el recurso de impugnación ante el superior.

OCTAVO: DISPONER que si ese fallo no fuere impugnado, por Secretaría deberá ser remitido a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

PILAR JIMÉNEZ ARDILA
JUEZ

JST

Firmado Por:
Pilar Jimenez Ardila
Juez
Juzgado De Circuito
Civil 050
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,

conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **40d49c19524f52e78a37e1080fd1ecb0fd24406648306cfa6364cf415d29337d**

Documento generado en 09/03/2023 02:50:07 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>